



ע"פ 10291/12/14 - משה אחרק נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 10291-12-14 אחרק נ' מדינת ישראל

כבוד השופט ד"ר א. סטולר אב"ד	בפני
כבוד השופט ד"ר ש. בורנשטיין	
כבוד השופטת מ. ברק נבו	
משה אחרק	מערער
	נגד
מדינת ישראל	משיבה

פסק דין

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום פתח תקווה בת"פ 30841-08-13 מדינת ישראל נ' אחרק; הכרעת הדין מיום 2.9.11 וגזר הדין מיום 24.11.14 (כב' השופטת ד' עטר). המערער הורשע בבצוע עבירת עושק לפי סעיף 431 לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**") וזוכה אגב כך מחמת הספק מביצוע עבירה של קבלת דבר במרמה, בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 לחוק.

כתב האישום

1. כנגד המערער הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירה של קבלת דבר במרמה, בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 לחוק. מכתב האישום עולה כי מ.א. (להלן: "**המתלוננת**") סובלת מליקוי שכלי קל ובעקבות המתואר בכתב האישום מונה לה אפטרופוס. בתחילת שנת 2010 נפגשו המערער והמתלוננת בתור לכספומט בבנק, בראש העין. המתלוננת ניסתה למשוך כספים והמערער פנה אליה והציע את עזרתו. בין הנאשם למתלוננת נוצר קשר, שבמהלכו, במשך תקופה של מספר חודשים, נהגו להיפגש במרכז המסחרי בראש העין.
2. במהלך תקופה זו נטל המערער את כרטיס האשראי של המתלוננת, תוך ניצול תמימותה ומצוקתה השכלית, והציג בפניה מצג שווא, כי ישמור את הכרטיס בחזקתו וימשוך עבורה כספים מהכספומט כל אימת שתחפוץ. כמו כן המערער ביקש מהמתלוננת למשוך כספים מתכניות החיסכון שלה בבנק, בסך של 77,663 ₪ ולהעבירם אליו, תוך שהוא יוצר בפניה מצג שווא, כי ישיבם לידיה. בנוסף, ביקש ממנה ליטול עבורו הלוואה בסך של 6,000 ₪. המתלוננת נענתה לבקשות והעבירה את הכספים לידי המערער.

הכרעת הדין בבית המשפט קמא

עמוד 1



3. מטעם המשיבה העידו אחותה של המתלוננת יונה המתלוננת, והחוקרת המיוחדת, נטע גול שגבתה את גרסתה (להלן: "**החוקרת**"). בנוסף הוגשו בהסכמה הודעותיהם של אחי המתלוננת, שלום וזכריה ותיעוד ריענון הזיכרון שנערך להם במשרדי המאשימה (ת/5 - ת/7). מטעם ההגנה העיד המערער.
4. יונה העידה כי המתלוננת סובלת מפיגור שכלי, מתגוררת במחיצת אימם וזקוקה לעזרתם המתמדת בכלל תחומי החיים, לרבות בהקשר לניהול ענייניה הכספיים בבנק. לדבריה, הכרטיס הוצא לשימושה האישי של המתלוננת, למשיכת כספים בלבד ובסכום שאינו עולה על 400 ₪. יונה העידה, כי המתלוננת ביקשה לרכוש מזון ועל כן התלוותה אליה לבנק על מנת למשוך כספים. בבנק התברר, כי לא נותרו כספים בחשבון ובוצעו מספר רב של פעולות משיכה בסכומים גדולים. לדבריה, המתלוננת סיפרה לה, כי הכירה אדם בשם משה [הוא המערער -א.ס.], שעמד מאחוריה בכספומט, שם לב שהיא מתבלבלת ולכן ביקש ממנה שתיתן לו את הכרטיס והוא יוציא בשבילה כסף כמה שתרצה. הוא אף אמר לה לא לספר לאף אחד. יונה תיארה כי נקלעה לסערת רגשות וניגשה לביתו של המערער על מנת להבהיר את העניינים, ואולם הלה טען בפניה, כי המתלוננת אינה מוכרת לו כלל. על כן הגיעה לביתו של המערער פעם נוספת בלוויית אחיה והמתלוננת, ואז המערער זיהה את המתלוננת. יונה פירטה, כי בעקבות המקרה חלה הרעה במצבה הפיסי והנפשי של המתלוננת שהביעה חשש לצאת מן הבית שמא תפגוש במערער, מאחר שהיה ידוע לה, כי ברשותו נשק.
5. המתלוננת העידה בבית המשפט באשר לנסיבות האירועים וכן הוגשה בהסכמה הודעתה בפני החוקרת, ת/3 (להלן: "**ההודעה**"). לדבריה, המערער אמר לה שהוא ישמור את הכרטיס וכשהיא תרצה כסף היא תוכל למשוך. לדבריה, הוא התאהב בה ("נדלק עלי"). כן טענה, כי המערער ידע למשוך כסף, כיוון שהקוד היה צמוד לכרטיס וכן אמר לה לשמור את העניין בסוד. מההודעה עלה כי שמה מבטחה במערער וסברה כי הוא רוקם עימה יחסים רומנטיים ועל כן ניאותה להפקיד בידיו את הכרטיס לשימוש. עוד התברר מההודעה כי המערער החזיק בכרטיס בטענה כי ישמור עליו בעבור המתלוננת ובעת שתזדקק לו ישיבו לידיה. ואולם בפועל לא עשה כן ואף טען בפניה כי הכרטיס נבלע. נראה, כי המתלוננת העבירה למערער את הכרטיס מאחר שנתנה בו אמון וסברה כי ירקמו יחסי זוגיות ואולם נחלה אכזבה.
6. החוקרת שחקרה את המתלוננת העידה, כי מפאת היכולת האינטלקטואלית הוורבלית של המתלוננת, התקשתה להשיב על שאלות פתוחות ונדרש תיווך וניסוח קונקרטי של השאלות. בחקירה הנגדית פירטה החוקרת, כי בעת ביצוע החקירה לא היה בידיה סיכום אבחון מלא של המתלוננת, אלא אך את חוות הדעת הראשונית של פרופ' ויינגרטן, שממנה עלה שהמתלוננת סובלת מפיגור שכלי, בלא שצוינה רמתו.
7. בעדותו מסר המערער כי הוא לא הבחין בדבר מה חריג בהתנהגותה של המתלוננת, הוא לא היה מודע לכל בעייתיות במצבה הקוגניטיבי, וכי היא סיפרה שמתעללים בה. לדבריו, הוא לא התכוון מלכתחילה לרמות את המתלוננת אלא מדובר ב"הלואה", וכי ברצונו להשיב לה את הכספים, אולם מפאת מצבו הכלכלי הרעוע לא עלה בידו לעשות כן עד עתה, אך הוא מבטיח להחזירם. בחקירה הנגדית טען המערער, כי לא ערך רישום מדויק של הסכומים שלוה מהמתלוננת ואולם אמד אותם בכ-50,000 ₪ ונאושב וטען כי בכוונתו להשיב לה את הסכום במלואו.
8. **בסיכום הכרעת הדין** - קבע בית המשפט קמא, כי הוכח במסמכים שערך פרופ' ויינגרטן (ת/10א' ו-ב') כי המתלוננת לוקה בשכלה. כך עלה גם מדו"ח ועדת האבחון (ת/2) בעת שהמתלוננת אובחנה



כמתפקדת ברמה של פיגור שכלי קל. לאחר האירוע אף מונה אחיה של המתלוננת לשמש לה כאפוטרופוס (ת/1).

9. בית המשפט ציין כי בבואו לבחון את עדותה של המתלוננת, עליו לשים לנגד עיניו את המבחנים שנקבעו בפסיקה, באשר לעדותו של הלוקה בשכלו, כמפורט בע"פ 5339/98 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד נו(3) 769 (1999). מבחני המשקל שיש ליתן לעדותם של עדים הלוקים בנפשם, יפים גם להערכת המשקל של עדים הלוקים בשכלם. במסגרת המבחן הראשון, נבדקת התרשמותו הישירה של בית המשפט מן העד; במסגרת המבחן השני נבחן הגיונה הפנימי של העדות; ובמסגרת המבחן השלישי מוערכת העדות באמצעות קיומן של ראיות חיצוניות.

10. בית המשפט קמא קבע, כי המתלוננת העידה בפני בית המשפט ולקוחה השכלית ניכרה לעין כל. תשובותיה היו דלות ובלתי ממצות ולעיתים עשתה שימוש בהדגמות, תחת תיאור מילולי של הפעולות ואף הגיבה בצחוק באופן בלתי תואם את הסיטואציה ואת השאלה שנשאלה. משכך, טענת המערער, כי לא היה מודע להיות המתלוננת לוקה בשכלה היא מופרכת ואין לתת בעניין זה אמון בדברי המערער. גם בכך שהמערער הכחיש תחילה בפני יונה את היכרותו עם המתלוננת, כפי שאישר בהודעתו במשטרה ת/8 (עמ' 4 ש' 98) ראה בית המשפט את וסימן, על היותו מודע להיות המתלוננת לוקה בשכלה ועל הפסול במעשיו. לא היה בפי המערער כל הסבר מניח את הדעת לתמרורי האזהרה שניצבו בפניו וכל שידע לעשות היה לשוב ולטעון כי המתלוננת רוממה אותו מאשפתות והיא "נס שזימן לו הגורל".

11. בית המשפט קמא קבע כי הוכח מעבר לכל ספק סביר, כי המערער ניצל את היות המתלוננת לוקה בנפשה, את תמימותה ואישיותה. הוא ניצל שעת כושר שנקרתה בדרכו וטוה עימה קשר, שאותו פירשה המתלוננת כעשוי להוביל לקשר זוגי, לו ייחלה. על רקע זה, ובעת שביקש המערער את המתלוננת להיות לו לעזר, נענתה בחיוב והעבירה לידי את כרטיס האשראי. עם זאת, - רכיבי המרמה הספציפיים, המיוחסים למערער ובאו לידי ביטוי בסעיפים 5 ו-6 לכתב האישום המתוקן לא הוכחו. לא הוכחה הטענה, שלפיה בעת שנטל את הכרטיס, תוך ניצול תמימותה ומצוקתה השכלית, טען בפני המתלוננת שישמור אותו אצלו וימשוך עבורה כסף מהכספומט כל אימת שתחפוץ בכך. כמו כן, עלה כי לנוכח היותה לוקה בשכלה, הפקידה המתלוננת את הכרטיס בידי הנאשם, לשימושו האישי, על מנת להיות לו לעזר, לנוכח מצבו הכלכלי הרעוע. כלומר, בניגוד לנטען, תכלית העברתו של הכרטיס, לא הייתה לשם שמירתו עבורה ומשיכת כסף מהכספומט, כל אימת שתחפוץ בכך, ולפיכך לא הוכחה יסוד המרמה.

12. כמו כן לא הוכח המיוחס למערער בכתב האישום לפיו, בעת שביקש מהמתלוננת להעביר אליו את הכסף המצוי בתכניות החיסכון שלה בבנק, הציג בפניה מצג שווא, כי ישיב לה את הסכום האמור שכן בניגוד לגרסת המערער שקיבל את הכספים כהלוואה שהתכוון להשיבה, עלה מעדותה של המתלוננת, שהמערער לא הבטיח לה מעודו שישב לידיה את הכספים שקיבל ממנה.

13. מנגד, קבע בית המשפט קמא, כי הוכח במידה הדרושה בפלילים, כי המערער ניצל את מצבה השכלי של המתלוננת, על מנת לקבל "דבר שאינו מגיע לו כדין", ולפיכך קמו היסודות המהווים את עבירת העושק, שזו לשונה:

"431. המנצל את המצוקה, החולשה הגופנית או השכלית, חוסר הניסיון או קלות הדעת של הזולת לאחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים:



(1) דורש או מקבל דבר שאינו מגיע לו כדין;

14. בית המשפט קמא קבע כי ניתן להאשים את המערער בעבירה שלא הואשם בה, זאת ככל שניתנה למערער ההזדמנות הסבירה להתגונן מפניה, כפי שניתנה בענייננו, תוך מתן הדעת לכך כי כתב האישום ייחס לנאשם קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, שבאו לידי ביטוי בין היתר בניצול אישיותה ותמימותה של המתלוננת, רכיב המהווה את יסודות עבירת העושק, אשר הוכחה בפניו.
15. בסופו של דבר ציין בית המשפט קמא כי הוא מזכה את הנאשם מחמת הספק מביצוע עבירה של קבלת דבר במרמה, בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 לחוק ומרשיע את המערער בביצוע עבירת עושק, לפי סעיף 431 לחוק.

גזר הדין

16. בסיכום גזר הדין קבע בית המשפט קמא, כי נסיבות ביצוע העבירה חמורות ובזוויות ופוגעות בליבת הערך המוגן, שהוא הצורך להגן על פלגים חלשים בחברה, מפני מבקשי רעתם.
17. הנאשם ניצל באופן ציני הזדמנות שנקרתה בדרכו, לגרוף רווחים לכיסו. באטימות לב ובמסווה של עזרה למתלוננת, הלוקה בשכלה, רכש את אמונה וטוה עימה קשר, שאותו פירשה כקשר זוגי, לו ייחלה. בנסיבות אלה הפקידה את כרטיס האשראי בידיו של הנאשם, לאחר שהניח את דעתה כי ימשיך עבורה כספים כל אימת שיתבקש.
18. לדברי בית המשפט, אין המדובר במעידה חד פעמית, אלא במנגנון שיטתי ומתוכנן, שהפעיל המערער במהלך תקופה בלתי מבוטלת. במסגרתו, ללא רחם ותוך שהמטרה מקדשת את כל האמצעים, גזל את כספה של המתלוננת. הוא משך כספים מחשבונה באמצעות הכרטיס, שהפקידה בידיו, ואף ניצל את היותה לוקה בשכלה והשיג את שיתוף פעולתה, על מנת להעביר לידיו כספי תכנית חיסכון שחסכה בעמל רב ואף כספי הלוואה שנטלה עבורו.
19. תוך מתן הדעת לכלל נסיבות ביצוע העבירה, קבע בית המשפט קמא, כי מתחם העונש ההולם ברכיב המאסר הוא בין 9-24 חודשים. המערער הודה אמנם שקיבל לידיו את כספי המתלוננת ואולם כפר בעוקצם הפלילי של המעשים וביקש לשוות להם היבט אזרחי בלבד. תחת לקחת אחריות על מעשיו, להפנים את הפסול שבהם ולגלות אמפטיה כלפי המתלוננת, היתמם ושב וטען כי הכספים הגיעו לידי בדין, בציירו את המתלוננת כמלאך מושיע שנקרה לדרכו ונחלץ לעזרתו. לנוכח כך, אף לא נחסך מהמתלוננת המעמד הקשה של מתן עדות בבית המשפט.
20. במהלך שמיעת הראיות, המערער חזר וטען כי בכוונתו לפרוע את כל חובו למתלוננת וכך טען גם בדברו האחרון לבית המשפט. זאת תוך העלאת תואנות שונות, מדוע נמנע ממנו הדבר עד כה. ואולם ניתן היה להשתכנע בנקל, כי המדובר באמירות מן השפה אל החוץ, שאינן מעוגנות במציאות ובפועל לא ניתן לזקוף לזכותו של המערער כל ניסיון להטבת נזקה של המתלוננת כחלק מלקיחת האחריות על מעשיו.
21. בית המשפט התחשב בכך, כי המערער הוא יליד שנת 1965, נעדר כל עבר פלילי ואף קבע, כי התחשב בנסיבותיו האישיות ומצבו הבריאותי והכלכלי הבלתי שפירים של המערער, וכן כי מדובר במאסר



הראשון שירצה המערער אם יוחלט כי ישלח לכלא.

22. אשר על כן נגזרו על המערער העונשים הבאים:

מאסר למשך 12 חודשים.

8 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור הנאשם במשך 3 שנים את העבירה בה הורשע.

פיצוי למתלוננת, בסך של 100,000 ₪ (לרבות נזק שאינו ממוני).

קנס בסך של 2,000 ₪ או 20 ימי מאסר תמורתו.

טענות המערער

23. המערער טען טענה מקדמית שלפיה עובדות כתב האישום אינן מהוות עבירת מרמה, שכן לא עולה מהן מהו המצג הכוזב אשר הוצג למתלוננת ועולה מהן לכל היותר עבירת עושק. לאור טענות ההגנה החליט בית משפט קמא (כב' השופט קובו) כי על המשיבה לפרט מהו המצג הכוזב.

24. בישיבה נדחית הוגש כתב אישום מתוקן ובו הוספו מצגי השווא הנטענים בסעיפים 5 ו-6, אך הושארה על כנה עבירת המרמה. המערער כפר במיוחס לו, לא התכחש לקבלת הכספים, אך טען כי מדובר בהלוואה וכי לא הציג מצג שווא בגין קבלת הכספים.

25. שגה לפיכך בית המשפט קמא משהרשיע את המערער בעבירת העושק, עבירה אשר לא אוזכרה כלל בכתב האישום, זאת, גם לאחר טענתה המקדמית של ההגנה, כי לכל היותר ניתן להאשים את המערער בעבירת העושק לכאורה, טענה אשר לא התקבלה בסופו של יום.

26. שגה גם בית המשפט משלא דן כלל בסוגיית ההרשעה בעבירה אשר לא נטענה בכתב האישום על פי סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 [להלן: **החסד"פ**], אלא רק ציין כי נסיבותיה המחמירות של עבירת המרמה כוללות את יסודות העושק.

27. לחילופין שגה בית המשפט שהרשיע את המערער ונמנע מלקבוע מהי החלופה המתאימה להתנהגות המערער ובמה ניצל את חולשתה השכלית של המתלוננת. לא הוגשה לבית המשפט כל חוו"ד באשר למשמעות הפיגור השכלי הקל, שממנו סובלת המתלוננת, אלא רק כי היא סובלת מפיגור קל. שגה בית המשפט משקבע כי מתן הכספים למערער נבע מתוך חולשתה השכלית של המתלוננת.

28. שגה בית המשפט בהטילו על המערער עונש מאסר לריצוי בפועל. לפי בדיקת ההגנה זה עונש המאסר הראשון שמושת בגין עבירת העושק אי פעם.

29. מדובר בנאשם ללא עבר פלילי, שוטר לשעבר, אשר לא התכחש לכספים שקיבל מהמתלוננת. כמו כן חלף זמן רב עד שהוגש כתב אישום בתיק זה. בכל אלה יש לראות נסיבות מקלות שצריכות לקבל ביטוי בפסק הדין.

טענות המשיבה



30. באשר לטענה שלפיה בית המשפט קמא לא יכול להרשיע את המערער בעבירת עושק מבלי להידרש לסעיף 184: גם אם בית המשפט קמא לא נקב בסעיף זה באופן מפורש, הרי שבאופן מהותי הוא הקדיש להוראותיו ורכיביו התייחסות משמעותית, בדגש על כך שניתנה למערער הזדמנות סבירה להתגונן מפני עבירת העושק.
31. לפי לשונו הברורה של סעיף 184 לא ניתן להרשיע על סמך עובדות שלא נטענו בכתב האישום. בענייננו הורשע המערער על בסיס עובדות שנטענו בכתב האישום מלכתחילה.
32. כעיקרון, כל רכיבי עבירת העושק מובלעים בתוך רכיבי העבירה הרחבה יותר שבה הואשם המערער מלכתחילה ולכן ברור כי ניתנה למערער הזדמנות להתגונן.
33. למעשה, בית המשפט קמא ציין במפורש את חלופת העושק שבה בחר להרשיע את המערער.
34. באשר לקביעת המערער שלפיה לא הוכח קשר סיבתי בין החולשה השכלית של המתלוננת לבין הסכמתה לתת למערער כספים; בעניין זה קבע בית המשפט קמא כי העברת הכספים מהמתלוננת למערער נבעה מחולשתה השכלית שאותה ניצל המערער.
35. באשר לקביעת העונש ההולם, אין ב"כ המערער יכול להסתמך על העובדה שזו פעם ראשונה שבה נידון אדם למאסר בפועל בעקבות עבירת עושק. במקרה דנן מרכז הכובד הוא שהמערער סירב להשיב למתלוננת או מי מטעמה אף לא מקצת הכספים אותם הוציא ממנה בכחש.

דין והכרעה

סעיף 184 לחסד"פ

36. סעיף 184 לחוק קובע לאמור:
- "בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום".**
37. מלשון החוק עולה כי בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום. אף עולה, כי הסמכות המסורה לבית-המשפט להפעיל את שיקול-דעתו, לקבוע ממצאים ולהרשיע נאשם, היא סמכות לעצמה, ונפרדת ומנותקת משיקול-דעתה של התביעה ומהראיות שהיו בידה לפני ההליך השיפוטי. הסעיף דן במצב שנוצר בתום ההליך השיפוטי לפני הערכאה המבררת את המשפט, והוא מתייחס לשלב פסק-הדין. לפיכך, הביטוי "שאשמתו בה נתגלתה" בסעיף 184, מתייחס לגילוי האשמה מתוך הראיות שהוכחו בפני בית-המשפט, לאחר שנפרסה בפניו היריעה במלואה על-ידי הצדדים.
38. מהנוסח האמור לעיל, ברי הדבר, כי בית המשפט אינו כבול לעבירות שנוקבת בהן התביעה בהוראות החיקוק שבכתב האישום. על פי חוק סדר הדין הפלילי, הדגש מושם על העובדות, כאשר ציון הוראות החיקוק הוא בעל ערך טכני פורמלי. עמד על כך המלומד יעקב קדמי בציינו כי:
- "במצב דברים זה בית המשפט רשאי להרשיע נאשם - על פי העובדות שהוכחו לפניו ב"עבירה אחרת". לאמור: על פי עובדות שלא הוצגו בכתב האישום;**



ובעבירות על פי הוראות חיקוק שלא צוינו בכתב האישום. הרשעה בעבירה אחרת כאמור מותנית בכך שהייתה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן בפניה (סעיפים 184-185 לחסד"פ) ושהעונש שייגזר עליו לא יהיה חמור מזה הקבוע לעבירה המצוינת בכתב האישום" (קדמי, על סדר הדין בפלילים, 2009, חלק שני, עמ' 1504).

39. כל האמור הוא מעבר לנדרש, שכן במקרה שלפנינו אף איננו נדרשים לסעיף 184 העוסק במצב שבו בית המשפט מבקש להרשיע על סמך עובדות שהוכחו לפניו, אך לא הוצגו בכתב האישום. לעומת זאת, בענייננו בית המשפט הרשיע על סמך עובדות שהוצגו בכתב האישום ואשר הוכחו בפניו.

40. יתר על כן, אף אם היה מקום להידרש לסעיף 184, ממילא ניתנה למערער הזדמנות סבירה להתגונן מפני עבירת העושה שהרי המערער הואשם בתחילה בקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות כשעבירת העושה עניינה קבלת דבר תוך ניצול מצוקה חוסר ניסיון או קלות דעת. על כך ניתן אף ללמוד מהעובדה כי ב"כ המערער טען כבר בתחילת המשפט שעובדות כתב האישום מגלות לכל היותר עבירה של עושה. משמע, כי יסודות עבירת העושה היו "מונחים על השולחן" כבר מראשית הדיון המשפטי ולא היה בהם בשום שלב מימד של הפתעה מצד המערער. צדק, לפיכך, בית המשפט קמא שקבע, כי העובדה שהמאשימה סברה שיעלה בידה להוכיח את עבירת המרמה ומיאנה לתקנה לעבירת עושה, אינה מונעת מבית המשפט מלהרשיע בעבירה אשר הוכחה מלפניו.

עבירת העושה

41. בית המשפט קמא הרשיע את המערער בעבירת עושה. יסודות העבירה קבועים בסעיף 431 לחוק העונשין שזו לשונו:

431. המנצל את המצוקה, החולשה הגופנית או השכלית, חוסר הנסיון או קלות הדעת של הזולת לאחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים:

- (1) דורש או מקבל דבר שאינו מגיע לו כדין;
- (2) דורש או מקבל בעד מצרך או בעד שירות תמורה העולה במידה בלתי סבירה על התמורה המקובלת;
- (3) נותן בעד מצרך או בעד שירות תמורה הנופלת במידה בלתי סבירה מן התמורה המקובלת.

42. האמור ברישא של העבירה, משקף את עיקרה, דהיינו ניצול היותו של אחר - קרבן הניצול - אחד מאלה: נתון במצוקה, לוקה בחולשה גופנית או שכלית, חסר ניסיון או קל דעת. כלומר, השגת טובת הנאה תוך ניצול מצוקתו, חולשתו הגופנית או השכלית של אחר כמוה "מבחינה חברתית כמרמה וכהשגת דבר בזיוף ויש להעניש עליה"; (קדמי על הדין בפלילים, 2013, עמ' 1142).

43. היסוד העובדתי של עבירת העושה מורכב משני יסודות משנה: האחד - יסוד התנהגותי, דהיינו דרישה, קבלה או מתן, והשני - יסוד נסיבתי כגון: מצוקה חולשה חוסר ניסיון או קלות דעת ותמורה שאינה מגיעה כדין או בלתי סבירה.

[ראה ע"פ 766/07 ברק כהן נ' מדינת ישראל (19.11.07), פסקה 25 ואילך; ע"פ 706/86 צדקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 821, 825 - 826 (1987); ע"פ 598/79 מירון נ' מדינת ישראל, פ"ד



לד(3) 337, 339 - 340 (1980); תפ"ח (מחוזי תל-אביב-יפו) 1064/04 רוני אליהו נ' מדינת ישראל, פסקה 57 (19.2.12)

44. למושג "מנצל" המבטא בעיקרון את דרישת המעשה, ישנה השלכה על היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת עושק. השלכה זו באה לכלל ביטוי בדרישה של ידיעת הנסיבות המבטאות ניצול, שאין אדם "מנצל" אלא ביודעין.

מאז תיקון 39 - "ביודעין" פירושו במחשבה פלילית ומשמעותו בהקשר לכל אחת החלופות שבס"ק (1) - (3) היא "מודעות בפועל לטיב ההתנהגות .. ומודעות בפועל לנסיבות הרלוונטיות" (קדמי על הדין בפלילים, 2013, עמ' 1142).

45. עיון בפסק דינו של בית המשפט קמא מעלה כי בית המשפט ניתח בהרחבה את כלל הנסיבות הרלוונטיות, והגיע למסקנה כי קיים קשר סיבתי בין החולשה של המתלוננת לבין הסכמתה, וכי התקיימו במקרה דנן יסודותיה של עבירת העושק, בית משפט קמא קבע, ובצדק, כי המערער הבין את היטב את מצבה השכלי של המתלוננת, את רצונה העז בקשר רומנטי, וניצל את מצוקתה השכלית לצרכיו תוך "מודעות" לתוצאות מעשיו כלפי הזולת. כך, לדוגמה, ציטט בית המשפט קמא מהודעת המערער במשטרה (ת/9) שם אמר כדלקמן:

"נתנו לי שיק של 20,000 ₪ וכשהיא באה לעזור לי, הרגשתי שזה נס מאלוהים. לא בחנתי אם היא נורמלית, לא נורמלית. בן אדם נותן לך, אתה מבקש הלוואה והוא נותן לך - לא תיקח? אתה לא בוחן את הבן אדם. גם אני לא הייתי במצב - לא הייתי כשיר, אני עצמי אני מודה" (ראו הכרעת הדין עמ' 20).

46. עולה מהמקובץ שדין הערעור על הכרעת הדין להידחות.

סוגיית העונש

47. ב"כ המערער טען ששגה בית המשפט קמא בכך שקבע שמתחם העונש ההולם נע בין 9 ל-24 חודשי מאסר בגין עבירה זו. ב"כ המערער ביסס את טענתו על נימוק מרכזי אחד והוא שלמיטב ידיעתו עד כה, לא נגזר עונש מאסר בפועל בגין הרשעה בעבירת עושק, ולכן מדובר במתחם ענישה שאינו תואם את מדיניות הענישה.

48. סבורים אנו כי אין בנימוק זה כדי לתמוך בטענתו של המערער. ראשית, בהתאם לסעיף 40ג(א) לחוק יש לקבוע את מתחם הענישה לא רק בשים לב למדיניות הענישה כפי שזו משתקפת בעונשים שניתנו בעבר בגזרי הדין השונים, אלא אף בשים לב לערך החברתי שנפגע וכן הנסיבות הנוספות כמפורט בסעיף 40ט' לחוק העונשין. החומרה הרבה במקרה שלפנינו, הכוללת ניצול כה בזוי, שפל ומתועב של חולשת אדם, והנזק הרב, הממוני והנפשי, שנגרם בשל מעשה זה למתלוננת, ושעדיין לא תוקן, ואף לא נעשה מאמץ כלשהו לתקנו, מצדיקים את מתחם הענישה שנקבע, אף אם נכונה היא טענת ב"כ המערער כי עד עתה לא נגזרו עונשי מאסר בפועל בשל עבירת עושק. שנית, נדמה שהטענה האמורה אף איננה לחלוטין מדויקת. בעניין ע"פ 1280/06 רועי כרמלי נ' מדינת ישראל (1.3.07), שבו במשך זמן רב נאשם הוציא כספים מידי סבתו תוך ניצול מצוקתה ובמקביל הזניחה, קבע בית המשפט העליון,



שלא התערב בעונש של 10 חודשי מאסר שהושתו על המערער, כדלקמן:

"אין כל ספק שמעשיו של המערער חמורים. אמנם הענישה בעבירה של הזנחת מושג כללה עונשים פחותים מזה ואולם, בסופו של יום, יש מקום למסר מחמיר יותר משנהג עד הנה, אף כי כל מקרה לנסיבותיו. בנסיבות שלפנינו, גם בשל עבירת ההזנחה, ולא כל שכן בשל השילוב בין עבירה זו לעבירת העושק - צדק בית המשפט קמא, ולא החמיר עם המערער יתר על המידה. לעבירה מחדלית של הזנחה, הקשה כשלעצמה, הצטרפה עבירה מסוג של "קום עשה" - ניצול כספה של הגב' הלמן. בהתחשב בשיקולי ההרתעה הכללית, ובשילוב העבירות - איני רואה מקום להתערבות בחומרת העונש".

הנה כי כן - חומרה מיוחדת מצא בית המשפט העליון בעובדה כי לצד עבירת ההזנחה, עבר המערער שם עבירה של עושק תוך ניצול מצוקתה של סבתו ושליחת יד בכספה. אכן, במקרה שלפנינו לא הורשע המערער אף בעבירה של הזנחה, אך לדידנו חומרת מעשיו אינה נופלת מזו של המערער בעניין כרמלי הנ"ל.

49. רואים אנו עין בעין עם בית המשפט קמא שייחס חומרה רבה לעובדה שהמערער באופן ציני ומקומם הותיר את כל כספי העושק בכיסו מבלי להשיב למתלוננת אף לא מקצת הכספים שעשק ממנה. המערער אף לא עשה מאמץ כלשהו להשיב את הכספים, והבטחותיו החוזרות והנשנות בעניין זה התגלו עד מהרה כהבטחות סרק.

50. בעניין זה נציין כי אף אנו, כמו בית משפט קמא, ראינו לנגד עינינו את מצוקתה הקשה של המתלוננת שכבשת הרש שלה נגזלה על ידי המערער ביד גסה, ולפיכך חזרנו והדגשנו בפני המערער את החשיבות הרבה שאנו מייחסים להשבת הכספים למתלוננת. חרף זאת, ולמרות שניתנו למערער הזדמנויות רבות הן בבית משפט קמא, הן בבית משפט זה, שדחה את מתן ההכרעה בערעור במשך - חודשים רבים, בשל הודעת המערער כי יעשה להשבת הכספים, עמד המערער במריו ולא השיב למתלוננת דבר, וזאת בניגוד להבטחותיו, שהסתברו, כאמור, כהבטחות חסרות ערך, שנועדו, ככל הנראה, אך ורק לזרות חול בעיני בית המשפט.

סוף דבר - סבורים אנו כי בית משפט קמא קבע נכונה את מתחם הענישה ואת מיקומו של המערער בתוך אותו מתחם, תוך שהוא מתחשב באופן ראוי הן בנסיבות לחומרה והן בנסיבות לקולא, ובכלל זאת בעברו הנקי של המערער, וממילא כי אין מקום להתערב בגזר דינו.

51. לפיכך אנו דוחים את הערעור על הכרעת הדין וגזר הדין כאחד.

ניתן היום, כ"ט חשוון תשע"ו, 11 נובמבר 2015, בנוכחות הצדדים.

מיכל ברק נבו, שופטת

בורנשטיין, שופט

אחיקם סטולר, שופט
אב"ד

